



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Junio 17 de 2019 n.º 10

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Puede emitirse condena por un delito de menor entidad, cuando ello obedezca a que algunos aspectos factuales no puedan ser considerados porque fueron adicionados en la acusación con violación del debido proceso

Al casar parcialmente y de oficio la sentencia impugnada, la Sala advirtió la necesidad de recabar la importancia de la *formulación de imputación* y, particularmente, de la identificación de los *hechos jurídicamente relevantes*, para lo cual formuló reglas fundamentales. Se refirió además al *juicio de imputación* constitucionalmente asignado a la Fiscalía para determinar la procedencia de efectuarla, y explicó los eventos en que es posible modificar la *premisa fáctica* que fue objeto de aquélla en la *acusación*, y aquéllos en los cuales tal cuestión resulta atentatoria del *debido proceso*, por lo que sólo es dable mediante una *adición* al referido acto inicial. De allí que, en el caso concreto, concluyó que se vulneraron las garantías del procesado, porque a pesar de que fue imputado por hechos referidos al delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, en la acusación se incluyeron por primera vez hipótesis factuales alusivas al tipo penal de *acceso carnal violento agravado*, dando lugar al llamamiento a juicio y a la condena por un delito más grave. Consecuentemente y de cara al *principio de congruencia*, la Corte declaró que resultaba dable emitir el fallo por el comportamiento de inferior entidad en *concurso homogéneo*, lo que implicó el ajuste de la dosimetría punitiva.

SP2042-2019 (51007) del 5/06/19

Magistrada Ponente:
Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: titular de la acción penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Facultades de la Fiscalía:** en cuanto a disposición de la acción penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, le fue constitucionalmente asignado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, para realizarlo actúa con autonomía || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** no está sometida a control material del juez, sin perjuicio de que pueda velar por el cumplimiento de los requisitos formales de ley || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, no está sometido a control material del juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** tiene como único límite la prescripción del delito || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** el investigado no está facultado para solicitarla

«El artículo 250 de la Constitución Política dispone que *“la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”*.

[...] A partir de la información recopilada durante la fase de indagación, **la Fiscalía debe analizar y decidir si existe mérito para formular imputación**, esto es, realizar el

“juicio de imputación”, en los términos que se analizarán a continuación.

[...] Está suficientemente decantado que el **análisis sobre la procedencia de la imputación -“juicio de imputación”- le fue asignado al fiscal**, lo que se extrae sin mayor esfuerzo del artículo 250 de la Constitución Política y, más puntualmente, de lo previsto en los artículos 287 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan la procedencia y el contenido de este acto comunicacional.

Al respecto, esta Corporación ha dejado sentado que **esa actuación de la Fiscalía no está sometida a control material por parte de los jueces**, sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 27 feb. 2019, Rad. 51596; entre otras).

En la sentencia C-425 de 2008 la Corte Constitucional dejó sentado que la formulación de imputación tiene características propias, así, en ocasiones, se realice a la par de la legalización de captura y la solicitud de medida de aseguramiento, entre otras cosas porque no está sometida a los estrictos términos de la primera, ni corresponde a una solicitud que deban resolver los jueces, como la segunda.

En armonía con lo anterior, en la sentencia C-127 de 2011 se reiteró la **autonomía con la que actúan los fiscales al realizar el juicio de imputación**, en esencia en dos aspectos: (i) por la importancia y complejidad de dicha decisión, **tienen como único límite temporal la prescripción del respectivo delito**; y (ii) **el investigado no está facultado para solicitar la formulación de imputación**. En ese mismo sentido, en la sentencia C-303 de 2013 se aclaró que el **“juicio de imputación” no puede ser rebatido por la defensa, como tampoco puede ser controlado materialmente por los jueces**, como lo ha reiterado esta Sala».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: correlación entre el hecho jurídicamente relevante y la calificación jurídica || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO- Fiscalía:** para realizar el juicio de imputación y el juicio de acusación, le resulta obligatorio diferenciar la premisa fáctica y jurídica

«Existe una obvia **correlación entre el concepto de hecho jurídicamente relevante y la calificación jurídica** que debe realizar la Fiscalía, precisamente porque lo primero (la relevancia jurídica), depende de que la hipótesis factual encaje o pueda ser subsumida en una o varias normas penales.

No obstante, es importante evitar confusiones sobre el particular, pues ello puede afectar la diligencia de formulación de cargos.

Recientemente esta Corporación conoció un caso donde se formuló imputación por un delito culposo. Al estructurar el cargo, el fiscal hizo alusión a la *“infracción del deber objetivo de cuidado”* (categoría jurídica), pero no mencionó la conducta realizada por el sujeto activo, que pudiera ajustarse a dicho concepto, lo que dio lugar a la anulación del trámite, porque el procesado no pudo ejercer adecuada y oportunamente su defensa, por la vaguedad de la imputación (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507).

En otra oportunidad, la Sala concluyó que era violatorio del debido proceso incluir en la condena circunstancias de mayor o menor punibilidad que fueron jurídicamente imputadas e incluidas en la acusación, pero bajo un sustrato fáctico diferente al tenido en cuenta por el juzgador. En efecto, la Fiscalía incluyó la indefensión como agravante del homicidio, porque la víctima fue amarrada, y el Tribunal concluyó que la misma era procedente porque en el juicio oral se demostró que la víctima estaba ebria para cuando ocurrieron los hechos. La Sala resaltó que la categoría jurídica (indefensión) tenía que tener su correlato fáctico, el cual no podía ser cambiado en la sentencia (CSJSP, 25 ab. 2009, Rad. 26309).

Así, **para realizar el “juicio de imputación” y el “juicio de acusación” resulta obligatorio diferenciar la premisa fáctica y la premisa jurídica**, a pesar de la natural relación que debe existir entre ellas».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cargos alternativos: concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cargos alternativos:** la fiscalía no puede imputarlos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cargos alternativos:** resultan contrarios a los fines de la imputación

«La Fiscalía no puede imputar cargos alternativos

Por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, como cuando, por ejemplo, se plantea que un determinado apoderamiento de dinero constituye hurto o estafa; que un puntual abuso sexual consistió en acceso carnal o en actos diversos del mismo; que un homicidio se cometió por piedad o para obtener tempranamente una herencia, etcétera. Es, por tanto, un fenómeno sustancialmente diferente de la imputación de concursos de conductas punibles, pues lo que denota es que la Fiscalía está dubitativa o no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes

Presentar hipótesis factuales alternativas **resulta abiertamente contrario a los fines de la imputación**, toda vez que: (i) el procesado no tendría claridad sobre los hechos frente a los cuales ejercerá su defensa; (ii) si el procesado decide allanarse a la imputación, no existiría certidumbre sobre los cargos frente a los cuales opera esa manifestación de la voluntad; (iii) en casos de allanamiento a cargos o acuerdos, el juez no tendría elementos suficientes para decidir acerca de los hechos que puede incluir en la sentencia; y (iv) no estarían claras las bases del debate sobre la procedencia de la medida de aseguramiento.

No es del caso analizar si esta postura se aviene a lo resuelto en la decisión CSJSP, 27 feb. 2013, Rad. 40022, porque en esa oportunidad la Sala analizó un tema sustancialmente diferente, como lo es la posibilidad de que el fiscal, en la clausura o alegatos de conclusión, presente solicitudes subsidiarias frente a la procedencia de la condena».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación, cambios desfavorables al procesado, por inclusión de presupuestos fácticos de nuevos delitos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Adición a la imputación:** mecanismo idóneo para modificar la premisa fáctica derivada de los actos de investigación

«Cambios desfavorables al procesado

La inclusión de los presupuestos fácticos de nuevos delitos

No sobra advertir que se trata de un evento diferente al cambio de calificación jurídica de los

hechos incluidos en la imputación. **Este tipo de cambios es relevante cuando, en la acusación, la Fiscalía se refiere por primera vez a hechos que, individualmente considerados, pueden subsumirse en un determinado tipo penal.**

En la decisión CSJSP, 10 dic. 2015, Rad. 45888, la Sala fijó su postura frente a este evento. En esa oportunidad, se formuló imputación, entre otros, por el delito de prevaricato, sobre la base de que el procesado tomó diversas decisiones, que la Fiscalía consideró manifiestamente contrarias a la ley porque tuvieron como fundamento un decreto que había sido anulado por la autoridad judicial competente. En la acusación, la Fiscalía no se refirió únicamente a los actos administrativos proferidos a la luz de dicho decreto, si no, además, a que el mismo (el anulado judicialmente) también era manifiestamente contrario a la ley y, por tanto, con su emisión se incurrió en el delito previsto en el artículo 413 del Código Penal.

Bajo este presupuesto, la Sala precisó lo siguiente: (i) no puede darse por “sobrentendido” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos -lo que coincide con lo expuesto en la decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862, analizada en precedencia-; (ii) en la acusación no pueden incluirse hechos que tipifican delitos autónomos; y (iii) en esos eventos, **la Fiscalía puede solicitar la adición de la formulación de imputación**. Sobre esta base, declaró la nulidad de lo actuado, por la violación de las garantías debidas al procesado.

Sin duda, estas reglas se ajustan a lo establecido en el ordenamiento jurídico, toda vez que: (i) no puede afirmarse que los presupuestos fácticos de nuevos delitos puedan ser catalogados como “detalles”, en los términos expuestos en la sentencia C-025 de 2010; (ii) aunque **el ordenamiento jurídico consagra expresamente la posibilidad de variar la imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, optar por otros más graves** -Art. 351-, también lo es que el mismo texto legal, así como las reglas establecidas por la Corte Constitucional y el desarrollo jurisprudencial a cargo de esta Corporación, establecen que **ello debe hacerse a través de la adición a la imputación**; y (iii) lo que mantiene

un punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las partes».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación, cambios desfavorables al procesado

|| **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Adición a la imputación:** mecanismo idóneo cuando los cambios a los hechos jurídicamente relevantes implican la atribución de un delito más grave o la modificación del núcleo fáctico de uno menor

|| **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación, son viables frente al paso de la tentativa a delito consumado

«[...] **mutar a otro delito más grave, que comparta algunos presupuestos fácticos con el incluido en la imputación**

Cuando se trata de la **incorporación de aspectos factuales que dan lugar a la aplicación de un tipo penal diferente**, difícilmente puede hablarse de que se trata de simples detalles, máxime cuando ello conlleva cambios drásticos en el juicio de responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si en la imputación se plantea que el investigado mató a su madre u otro pariente cercano *“por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave”* -homicidio por piedad, Art. 106-, y, luego, la Fiscalía establece que ese elemento intencional no estuvo presente y que la muerte se produjo para acceder tempranamente a una herencia -homicidio agravado, artículos 103 y 104-.

En principio podría pensarse en una regla orientada a que, en cada caso, se evalúe la trascendencia del cambio de tipo penal, en orden a establecer si la modificación de los hechos jurídicamente relevantes debe hacerse a través de la adición de la imputación, o si esas modificaciones encajan en lo expuesto por la Corte Constitucional acerca de los *“detalles”* factuales que pueden agregarse en la acusación e incidir en la calificación jurídica.

Sin embargo, ello podría dar lugar a discusiones interminables sobre la trascendencia de las modificaciones en cada caso en particular, con la consecuente afectación de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, al

tiempo que haría mucho más compleja la labor de los jueces.

En consecuencia, en aras de la igualdad, la seguridad jurídica y la protección de los derechos del procesado, la Sala estima razonable que **los cambios factuales que conlleven la imputación de un delito más grave, o que, tratándose de un delito menor, implique el cambio del núcleo fáctico de la imputación**, no encaja en la categoría de “detalles” o complementos -C-025 de 2010-, por lo que **deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional.**

Bajo el anterior supuesto **no queda cobijado el paso de tentativa a delito consumado**, pues es sabido que dicha figura -la tentativa- es un dispositivo amplificador del tipo penal. De hecho, en ese ámbito suele presentarse con frecuencia la modificación de la calificación fáctica y jurídica, como cuando la víctima fallece con posterioridad a la formulación de cargos. Este tipo de modificaciones **pueden realizarse en la audiencia de acusación**, pues difícilmente puede aducirse que se genera indefensión cuando, en ese estadio procesal, se pone de presente que ocurrió la muerte de la víctima».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: reglas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes:** reglas frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación

«[...] **reglas sobre la formulación de imputación:** (i) el análisis sobre la procedencia de la imputación -juicio de imputación- está reservado al fiscal; (ii) los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos fácticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis, o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía

para que formule los cargos; (vi) en la audiencia de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma

Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (v) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de añadirla; (vi) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (vii) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (viii) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo.

Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía realice esta función con el cuidado debido».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, su estudio debe realizarse por fuera de la audiencia del artículo 286 de la ley 906 de 2004 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación, cambios desfavorables al procesado, por inclusión de presupuestos fácticos de nuevos delitos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Adición a la imputación:** mecanismo idóneo cuando los cambios a los hechos jurídicamente relevantes implican la atribución de un delito más grave o la modificación del núcleo fáctico de uno menor

«La Sala advierte que **el fiscal se apartó de la mayoría de reglas analizadas** en el apartado 6.2, toda vez que: (i) **entremezcló los cargos con el contenido de la denuncia, la versión de la víctima y el dictamen emitido por el médico legista;** (ii) en lugar de limitarse a exponer de manera sucinta y clara la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debió delimitar previamente a partir del estudio de la información recopilada hasta ese momento, **realizó ese análisis durante la audiencia;** (iii) según ese particular estudio, **concluyó que no existía mérito para formular imputación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años,** porque al parecer entendió que,

para ello, era imperioso que el médico legista confirmara o descartara que los hallazgos hechos en el cuerpo del niño eran producto de la introducción del pene en el ano; (iv) finalmente, **concluyó que solo existía mérito suficiente para imputarle a VM los tocamientos y demás actos sexuales relacionados por la víctima**, con la aclaración de que no existía base suficiente para concluir que se materializó la referida penetración, y, así, **optó por “restringir” la imputación al delito de actos sexuales con menor de 14 años**, consagrado en el artículo 209 del Código Penal; (v) **no relacionó**, ni directa ni tácitamente, **algún referente fáctico de la violencia** que haya podido ejercer el procesado para consumar las conductas narradas en precedencia; (vi) hizo alusión a circunstancias de mayor punibilidad, en las que no se recabará habida cuenta de que no fueron incluidas en la acusación, sin que pase inadvertida la ligereza con la que actuó este funcionario, pues, a manera de ejemplo, retomó los elementos estructurales del tipo penal para concluir que, por esas mismas circunstancias, hay lugar a una mayor punibilidad, a la luz del numeral 2° del artículo 58 del Código Penal, ya que realizar actos sexuales con un niño es “algo vil, algo despreciable”; y (vii) a pesar de estas deficiencias, **finalmente a VR se le informó con aceptable claridad que sería investigado por los actos sexuales referidos** por el acusador -bajo el entendido de que, para ese momento, se desestimó la penetración-, cometidos bajo unas puntuales circunstancias de tiempo y lugar, en detrimento de una persona plenamente identificada.

[...] **La acusación**

En el escrito de acusación la Fiscalía, de nuevo, incurrió en el error de referirse al contenido de la denuncia y de las versiones de otros testigos, para reiterar que las conductas endilgadas a JGVM encajan en el delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal. Sin embargo, **en la audiencia de acusación la funcionaria asignada para la fase de juzgamiento anunció que cambiaría lo expuesto en el escrito**, toda vez que

[e]stá claro, conforme a los elementos materiales probatorios, a lo manifestado por el menor y demás elementos que reposan en la carpeta de la Fiscalía, que existió una penetración anal repetitiva en un niño menor de 8 años.

Plantea que esas conductas se realizaron aproximadamente 10 veces. Luego, hizo alusión a los presupuestos fácticos de la violencia que el procesado ejerció sobre la víctima

[...] Finalmente, **sobre la calificación jurídica dejó sentado que: (i) se trata de un delito de acceso carnal violento, previsto en el artículo 205 del Código Penal, y no de actos sexuales con menor de 14 años**, como lo entendió su predecesor luego de descartar la existencia de la penetración; (ii) concurre la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 211, numeral 4°, de la misma codificación, porque el niño tenía ocho años cuando fue víctima del abuso sexual; (iii) la conducta se realizó aproximadamente 10 veces, por lo que se configura un concurso homogéneo; y (iv) no existe mérito para incluir las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 2° y 5° del artículo 58 ídem, referidas en la imputación.

Así, **es claro que en la acusación la Fiscalía modificó la base fáctica de la imputación, lo que dio lugar a la formulación de cargos por un delito más grave** (acceso carnal violento, agravado por la edad de la víctima), pues, valga la repetición, la imputación se hizo por actos sexuales diversos del acceso carnal.

Debe resaltarse, además, que ese cambio no ocurrió porque en la fase de investigación se hubieran obtenido nuevas evidencias, sino por el error manifiesto en que incurrió el fiscal que tuvo a cargo la imputación, quien consideró necesario que un perito le dijera expresamente que las huellas halladas en el cuerpo de la víctima inexorablemente corresponden a un abuso sexual.

Bajo estas condiciones, **si en su momento la Fiscalía consideró que debía modificar la base fáctica de la imputación, para llamar a juicio al procesado por un delito más grave, debió adicionar la imputación [...]**».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Adición a la imputación: mecanismo idóneo cuando los cambios a los hechos jurídicamente relevantes implican la atribución de un delito más grave o la modificación del núcleo fáctico de uno menor
|| **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Debido proceso:** se vulnera cuando los hechos incluidos por primera vez en la acusación dan lugar al llamamiento a juicio por un delito más grave del que fue imputado || **PRINCIPIO DE**

CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** puede emitirse condena por un delito de menor entidad, cuando ello obedezca a que algunos aspectos factuales no se demostraron más allá de duda razonable || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** puede emitirse condena por un delito de menor entidad, cuando ello obedezca a que algunos aspectos factuales no puedan ser considerados porque fueron adicionados en la acusación con violación del debido proceso || **PRINCIPIO PRO INFANS - La prevalencia de los derechos de los menores no significa que puedan eliminarse las garantías debidas al procesado** || **VÍCTIMAS - Derechos:** caso en que se consideró que la eventual anulación del trámite podría victimizar nuevamente al afectado, en el ámbito judicial

«[...] es claro que: (i) a JGVM le fue imputado el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles; (ii) ello obedeció a un error del fiscal que tuvo a cargo el “juicio de imputación”; (iii) en la imputación no se hizo alusión expresa o tácita a los hechos constitutivos de la violencia ejercida por el procesado sobre la víctima; (iv) aunque la fiscal a la que posteriormente le fue asignado el caso consideró que debía ser llamado a juicio por el delito de acceso carnal violento, agravado por la edad de la víctima, **no adicionó la imputación**, e introdujo dicho cambio en la acusación; (v) el Tribunal emitió la condena por los cargos incluidos en la acusación; y (vi) de esta manera, **se violó el debido proceso**, en los términos analizados en el numeral 6.2.2.1, **toda vez que los hechos incluidos por primera vez en la acusación** (la penetración y la violencia ejercida sobre la víctima), **dieron lugar al llamamiento a juicio por un delito más grave**.

De tiempo atrás la Sala ha precisado que **es posible emitir la condena por un delito menos grave que el incluido en la acusación**, o suprimir circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad cuando las mismas no han sido demostradas, siempre y cuando: (i) **no se modifique el núcleo de la**

acusación; (ii) **se trate de un delito de menor entidad;** (iii) **no se genere indefensión para el procesado;** y (iv) **no se avizore la trasgresión de los derechos de otros intervinientes** (CSJSP, 25 mayo. 2015, Rad. 44287, entre muchas otras).

Por las mismas razones, **el juez puede emitir la condena por un delito menor, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación, no solo cuando ello obedezca a que algunos aspectos factuales no se demostraron más allá de duda razonable, sino, además, cuando los mismos no puedan ser considerados porque fueron adicionados en la acusación con violación del debido proceso**, siempre y cuando **la condena por el delito “menor incluido” no ponga al procesado en indefensión ni afecte de alguna otra manera sus derechos fundamentales**. No existe ninguna discusión cuando se trata de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, pues las mismas pueden ser suprimidas por alguna de estas dos razones, sin que con ello se viole el debido proceso, como lo ha sostenido de tiempo atrás esta Corporación (6.2.4.4.3.3).

En el caso objeto de análisis **no es posible emitir la condena por el delito previsto en el artículo 205 del Código Penal (acceso carnal violento), porque la imputación -fáctica y jurídicamente- se redujo al delito de actos sexuales diversos del acceso carnal, sin que se haya incluido o insinuado algún referente fáctico de la violencia ejercida sobre la víctima. Como la imputación no se adicionó, no era posible incluir estos referentes fácticos en la acusación, pues era evidente que ello conducía a subsumir los hechos en un tipo penal mucho más grave**, como en efecto ocurrió, en contravía de lo analizado en el numeral 6.2.4.4.3.2.

Bajo estas condiciones, **deben aplicarse las mismas reglas sobre congruencia**, con la diferencia de **que deben suprimirse algunos aspectos factuales**, no por falta de prueba, sino por razones jurídicas, concretamente **porque fueron incluidos irregularmente en la acusación**. [...]

[...] En principio **podría afirmarse que con esta solución se afectan los derechos de la víctima**, pues, finalmente, en la condena se dejan de considerar algunos hechos que fueron demostrados en el juicio oral, concretamente,

que el procesado logró la ya referida penetración y ejerció violencia sobre la víctima. Sin embargo, debe considerarse que: (i) **la protección de los derechos de los menores no implica que puedan eliminarse las garantías debidas al procesado** (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre otras); y (ii) **la eventual anulación del trámite podría someter al afectado a un nuevo proceso**, más de 10 años después de ocurridos los hechos, lo que, sin duda, podría **victimizarlo nuevamente, en el ámbito judicial**.

CASACIÓN OFICIOSA - Debido proceso || CASACIÓN OFICIOSA - Variación de la calificación jurídica: de acceso carnal violento agravado a actos sexuales con menor de catorce años || **CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación punitiva || SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Aplica la prohibición del art. 199 de la Ley 1098, cuando la víctima es un menor**

«[...] la Sala tomará las siguientes decisiones:

No casará el fallo impugnado por las razones expuestas por el impugnante.

Casará parcialmente y de oficio la decisión emitida por el Tribunal, en el sentido de **declarar que la condena procede por el delito de actos sexuales con menor de 14 años**, previsto en el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles.

En consecuencia, **se ajustarán las penas** de la siguiente manera:

Este delito tiene asignada la pena de prisión de 9 a 13 años. Como no concurren circunstancias de menor punibilidad y a favor del procesado se predica la ausencia de antecedentes penales, la pena debe establecerse dentro del primer cuarto de movilidad, tal y como lo concluyó el Tribunal.

El mismo oscila entre 108 y 120 meses de prisión.

En atención a los parámetros utilizados por el juzgador de segundo grado para tasar la pena (incrementó el mínimo en el 57% del rango de movilidad), la pena por el delito base se estima en 114 meses, habida cuenta de que el procesado no solo aprovechó la confianza que en él había depositado la familia [...], sino que, además, para consumir los abusos sexuales eligió un lugar *“donde al menor se le dificultaba pedir auxilio”*, esto es, un despoblado de la finca donde este vivía con sus padres y donde el procesado laboraba asiduamente. Ello, sin que pueda pasar desapercibido que ejerció presiones psicológicas sobre el niño para evitar que este le contara a sus padres lo que venía sucediendo.

A la luz de esos mismos parámetros, por los otros abusos sexuales -aproximadamente 9-, cometidos bajo las mismas circunstancias, la pena se incrementará en 62 meses, lo que, en esencia, recoge el sentir del juzgador de segunda instancia frente a la tasación de la pena por el concurso de conductas punibles.

Por tanto, al procesado se le impondrá la pena de prisión de 176 meses, así como la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Las decisiones del Tribunal acerca de la **improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria se mantienen incólumes**, porque las razones que las sustentan se mantienen vigentes a pesar del cambio atrás indicado, bien por el monto de la pena que finalmente se impone, ora porque **subsiste la prohibición prevista en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006**.

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - RECURSO DE APELACIÓN

Es improcedente respecto de la decisión que niega la práctica de prueba de refutación para impugnar la credibilidad del testigo

Al decidir el *recurso de queja*, la Sala advirtió bien denegada la *apelación* interpuesta por la defensa contra la decisión del Tribunal

consistente en negar la práctica de *prueba de refutación*, tras advertir que este tipo de determinación no es susceptible del citado medio de inconformidad. Igualmente, explicó que una solicitud defensiva de esta naturaleza, puede ser *rechazada de plano* cuando resulta ostensible su inviabilidad, habida cuenta que la posibilidad de utilizar *evidencia externa* para impugnar la credibilidad de un testigo, representa una *herramienta excepcional y*

residual, que no puede ser empleada para interrumpir el juicio oral.

AP2215-2019 (55337) del 5/06/19

**Magistrada Ponente:
Patricia Salazar Cuéllar**

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación: improcedencia, respecto de la decisión que niega la práctica de prueba de refutación para impugnar la credibilidad del testigo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, rechazo de plano de la solicitud por improcedencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, impugnación, improcedencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Derecho a la confrontación:** prerrogativas que lo estructuran || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones anteriores al juicio oral:** previo a introducir su contenido se debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las omisiones o contradicciones en su relato || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, debe seguir el debido proceso probatorio

«La competencia de la Sala se reduce a decidir si es procedente el recurso de apelación frente a la decisión que niega la práctica de pruebas de refutación orientadas a cuestionar la credibilidad de un testigo.

En este caso, **el recurso vertical es improcedente** por dos razones: **(i) la decisión sobre la utilización de prueba de refutación para impugnar la credibilidad de los testigos no admite recurso de apelación;** y **(ii) la solicitud presentada por el defensor debió ser rechazada de plano.**

La improcedencia del recurso de apelación frente a las decisiones acerca de la utilización de prueba de refutación para impugnar la credibilidad de los testigos

De tiempo atrás la Sala ha reiterado que: (i) la impugnación de la credibilidad de los testigos es una derivación del **derecho a la confrontación;** (ii) para tales efectos, el ordenamiento les otorga múltiples herramientas a las partes, entre las que cabe destacar el ejercicio del conainterrogatorio -con las prerrogativas que le son inherentes-, así como la utilización de

declaraciones anteriores para demostrar contradicciones, omisiones o cualquier otro aspecto relevante para establecer la credibilidad del testigo; y (iii) consagra, asimismo, la posibilidad de solicitar, para estos efectos, **prueba de refutación** (CSJAP, 20 agos. 2014, Rad. 43749; CSJSP, 25 de ene. 2017, Rad. 44950; entre otras).

En la misma línea, ha precisado que estas herramientas deben utilizarse razonablemente, en orden a materializar la referida garantía con el menor uso posible de declaraciones anteriores u otro tipo de información que no haya sido decretada como prueba, precisamente para evitar la desestructuración del modelo procesal. Por tanto, se ha dicho que **antes de introducir el contenido de declaraciones anteriores al juicio oral, se le debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las contradicciones o las omisiones en sus relatos**, pues, si las reconoce, ya no tendría sentido hacer dicha incorporación ni, por ende, asumir las dilaciones y los riesgos que la misma implica -entre ellos, que el juez acceda a información por fuera de las reglas del debido proceso- (ídem)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: de refutación, concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, constituyen una herramienta excepcional y residual para impugnar la credibilidad del testigo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, rechazo de plano de la solicitud por improcedencia || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, no se encuentran orientadas a sustentar la teoría del caso

«[...] en el ámbito de la impugnación de la credibilidad de los testigos, ha precisado que **la utilización de pruebas de refutación constituye una herramienta adicional, que opera excepcionalmente** cuando el testigo, en el conainterrogatorio, persiste en un dato que el interrogador considera mendaz, y la parte cuenta con evidencia relacionada directamente con el aspecto objeto de impugnación. Por ejemplo, si el testigo asegura que pudo presenciar los hechos y la parte pretende demostrar que para esa fecha estaba en una ciudad diferente, debe hacer uso del conainterrogatorio, pues si el mismo es suficiente para acreditar ese aspecto, se hace

innecesaria la introducción de “*evidencia externa*” acerca del mismo.

Lo anterior no tiene únicamente la finalidad de evitar la dilación del proceso y la “*contaminación del juez*” con evidencias que no fueron decretadas en la audiencia preparatoria. Es asimismo importante para evitar la presentación de pruebas descontextualizadas, ya que es posible que el testigo, en el interrogatorio “*redirecto*”, pueda explicar las inconsistencias, contradicciones o demás aspectos traídos a colación, lo que no sería posible si se elude ventilar este tema en el contrainterrogatorio y se opta por presentar “*evidencia externa*” sobre el aspecto que pone en tela de juicio la credibilidad, lo que, valga decirlo, podría abrir la puerta a la presentación de pruebas de “*contra refutación*” y, así, hacer del proceso un trámite interminable.

Estos aspectos fueron eludidos por el impugnante, a pesar de que fueron referidos por el Tribunal, sobre la base de las decisiones de esta Corporación. Y los eludió, precisamente, porque cambian sustancialmente los extremos de la discusión, en esencia porque: (i) **si se apela a los criterios de interpretación sistemático y teleológico**, necesariamente habría que tener en cuenta que, en este contexto, **la presentación de prueba de refutación es una herramienta adicional -y residual- para la impugnación de la credibilidad de testigos, que debe armonizarse con los principios de concentración, inmediación**, entre otros, así como la obligación de garantizar que la justicia sea celer y eficaz; y (ii) **no se trata de pruebas orientadas a soportar la teoría del caso**, como bien lo resaltó el Tribunal, lo que generaría un ámbito de discusión diferente, que escapa al objeto de decisión».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: de refutación, su solicitud no puede paralizar el juicio oral haciendo inoperantes los principios de proporcionalidad, concentración e inmediación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** improcedencia, respecto de la decisión que niega la práctica de prueba de refutación para impugnar la credibilidad del testigo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, rechazo de plano de la solicitud por improcedencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de

refutación, diferencias con la prueba sobreviniente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja:** la Sala declara bien denegada la apelación

«En este orden de ideas, a la luz del **principio de proporcionalidad** invocado por el censor, resulta claro que **es improcedente paralizar el juicio oral cada que una parte solicite pruebas de refutación para impugnar la credibilidad de los testigos, pues ello haría prácticamente inoperantes los principios de concentración e inmediación**, a cambio de que el superior funcional revise la viabilidad de ejercer una de las varias formas de impugnación previstas en el ordenamiento jurídico. Si se aceptara esa tesis, también habría que admitir que las decisiones acerca de las preguntas procedentes en el contrainterrogatorio y la utilización de declaraciones anteriores con el fin de demostrar contradicciones, omisiones u otros aspectos relevantes para el estudio de la credibilidad, también admiten el recurso de apelación, lo que es claramente inaceptable

Por tanto, la Sala no encuentra razones para modificar la regla decantada en la decisión del 20 de agosto de 2014 (43749), donde se consideró **improcedente el recurso de apelación** (en ese caso interpuesto por la Fiscalía) **en contra de la decisión de negar pruebas de refutación orientadas a cuestionar la credibilidad de los testigos.**

[...] Ahora bien, si pretendía solicitar la práctica de **prueba sobreviniente** para soportar su hipótesis factual, tenía la obligación de sujetarse a los requisitos formales y sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

Así, como **la solicitud** era manifiestamente improcedente y, por tanto, **debió ser rechazada de plano**, de todos modos la decisión del juzgador no podía ser objeto del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala [...] Resuelve [...] **Declarar bien denegado el recurso de apelación** interpuesto por el defensor de F.R.N.J., en contra del auto proferido por el Tribunal [...], a través del cual negó unas pruebas de refutación orientadas a cuestionar la credibilidad de un testigo».

(Textos resaltados por la Relatoría)

PREVARICATO POR ACCIÓN
No se configura cuando el juez de tutela efectúa un juicio de ponderación sobre derechos que considera prioritarios o prevalentes

La Sala confirmó la decisión de *preclusión* de la actuación adoptada por el Tribunal en favor del juez investigado, al establecer que la *medida provisional* que impartió en desarrollo de un trámite tutelar, no constituyó una decisión *manifiestamente ilegal*, sino que se basó en un *juicio de ponderación* sobre la *prevalencia del derecho del menor de edad* en el caso concreto, de manera que no configuró ni siquiera en el plano objetivo el tipo penal de *prevaricato por acción*. Adicionalmente, explicó que la determinación justificada de *compulsar copias* para que se investigue la presunta comisión de un delito, tampoco puede ser considerada típica de este comportamiento, habida cuenta que deriva del *deber legal de denunciar* que asiste a los *servidores públicos*.

AP836-2019 (53133) del 06/03/19

Magistrado Ponente:
Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley:** valoración, a través de un juicio de legalidad, no de acierto || **PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura:** cuando el juez de tutela efectúa un juicio de ponderación sobre derechos que considera prioritarios o prevalentes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación:** atipicidad de la conducta || **DERECHOS DE LOS NIÑOS - Prevalecen sobre los derechos de los demás** || **ACCIÓN DE TUTELA - Medidas provisionales para proteger un derecho** || **DERECHOS FUNDAMENTALES - Derecho a la libertad de expresión:** enmarca la libertad de prensa || **DEBER DE DENUNCIAR - Servidor público** || **PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura:** por decisión justificada de compulsación de copias en cumplimiento del deber legal de denunciar

«[...] se analizará si el juez HBB, al proferir las decisiones de tutela del 5 y 18 de marzo de 2014, incurrió en el delito de prevaricato por acción, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, advirtiéndose que si llega a la conclusión en torno a la **atipicidad objetiva** de la conducta, no es necesario incursionar en el análisis del otro elemento.

En primer lugar ha de decirse que no existe reparo alguno acerca de la condición de servidor público del procesado para la época de los hechos, pues se encuentra acreditado que para ese entonces se desempeñaba como Juez Laboral del Circuito [...], de modo que era competente para proferir las decisiones que ahora se cuestionan y, por lo tanto, reúne los requisitos para ser sujeto activo de la conducta que se le endilga.

Ahora bien, corresponde determinar si las providencias acusadas de ser prevaricadoras, resultan ser manifiestamente contrarias a la ley y, como consecuencia de ello, se satisfacen las exigencias de orden objetivo del punible de prevaricato por acción.

De acuerdo con los elementos materiales de prueba aportados al proceso, especialmente el trámite de la tutela distinguido con radicado [...] surtido ante el Juzgado Único Laboral [...], se encontró que:

[...] Igualmente sirvieron de soporte legal para la adopción de la decisión, los artículos 7 del Decreto 2591 de 1991, 44 de la Constitución Política de Colombia y 33 del Código de la Infancia y Adolescencia [...].

[...] Como se puede apreciar de la normatividad transcrita, el Doctor HB tenía competencia para resolver de plano la petición de **medida provisional** que le fuera presentada, sin que por lo demás debiera realizar un debate probatorio previo a resolver dicha solicitud, sino que simplemente estaba facultado para valorar la situación propuesta y **adoptar medidas tendientes a proteger los derechos fundamentales** que se pudieran ver afectados.

Entonces, dado que el funcionario obró con miras a evitar que se causara un eventual perjuicio al menor JASG, puede afirmarse que su proceder no fue caprichoso o apartado de la legalidad de manera manifiesta u ostensible, y que si en algún momento pudiera considerarse desafortunada la decisión, ello **tampoco configura objetivamente el prevaricato, porque bajo su contexto no se califica el acierto del fallo judicial sino su ilegalidad.**

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la decisión de protección provisional pretendía garantizar el cumplimiento del artículo 44 de la Constitución, norma que de manera expresa le otorga un **carácter prevalente a los derechos fundamentales de los niños**, condición que, a su vez, también se encuentra consagrada en la Convención Sobre los Derechos del Niño y ha sido desarrollada legislativamente en el Código de Infancia y Adolescencia.

[...] En consecuencia, al margen de si **la decisión** de conceder la medida provisional fue o no acertada, juicio que, se reitera, no concierne al estudio del punible de prevaricato por acción, lo que resulta incuestionable es que la misma **no puede ser calificada como notoriamente opuesta al ordenamiento jurídico**, aspecto que **desvirtúa la presencia del elemento normativo del tipo** penal objeto de estudio y, por ende, hace que el actuar del juez investigado **resulte ser atípico en el plano objetivo**.

Las razones que tuvo en cuenta el juez denunciado no son desproporcionadas ni exóticas, pues la divulgación a través de los medios de comunicación masivos de programas como el que se iba a difundir, donde estaban involucrados los padres del menor, uno como víctima del delito de homicidio y el otro en calidad de posible autor o participe en ese hecho, podía producir un gran impacto en el medio social donde habitaba el **niño**, que a raíz de eso podría verse afectado por toda clase de prejuicios sociales, más en un ámbito de población relativamente pequeño como aquel en que se produjo el hecho, de modo que para el **menor** resultaba altamente sensible el programa que se iba a transmitir, su estabilidad síquica y emocional, así como su entorno familiar se verían comprometidos, y eso fue lo que valoró el funcionario para adoptar la medida que se le cuestiona.

No desconoce la Sala, de ninguna manera, que **la libertad de expresión, en la cual se enmarca la libertad de prensa**, es un derecho fundamental, pues la labor que cumplen los comunicadores sociales de mantener informada a la comunidad, es una prerrogativa que esta tiene de estar al tanto de los acontecimientos que la afectan, y para eso están los medios de comunicación.

El funcionario judicial no ignoró esos aspectos, pero **ponderó que estaban de por medio**

derechos fundamentales de un menor de edad y les otorgó prevalencia, basado en las disposiciones citadas con antelación en esta decisión, esto es, no consideró absoluto el derecho a la libertad de expresión, que según lo sostuvo esta Sala, *“...Como todo derecho, la libertad de expresión, remitida a los medios de comunicación, no tiene el carácter de absoluta y por ello permite restricciones u obliga confrontarse con otros derechos de similar jerarquía en tensión...”* (Casación de 10/07/2013, radicado 38.909).

En tales condiciones, **si el juez llegó a esa conclusión, mal puede hablarse de que sea manifiestamente ilegal, porque hizo un juicio de ponderación acerca de derechos que consideró prioritarios o prevalentes**, y en esa medida dispuso la medida provisional que se conoce, de modo que, no comparte la Sala el argumento del apelante en cuanto a que la providencia no tiene una justificación razonable.

Que la determinación a la postre no hubiera sido compartida por el recurrente, no implica que constituya delito, porque en términos de la Sala, no entraña un desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.

Ahora bien, de acuerdo con la constancia suscrita por la Oficial Mayor del Juzgado Laboral, [...] el canal [...] fue debidamente notificado de la orden impartida [...], pues así lo confirmó la Secretaria General de la tan mencionada empresa televisiva.

No obstante lo anterior, [...] la apoderada de la parte actora informó al juez de tutela que la medida provisional concedida había sido desatendida por los accionados, esto es, que el programa cuya suspensión se dispuso, finalmente fue transmitido por la accionada.

Tal circunstancia, aunada a la respuesta suministrada por parte de los accionados, quienes justificaron la publicación del programa de televisión como un acto encaminado a evitar la censura, llevó a que el 18 de marzo de la misma anualidad el Juzgado de conocimiento profiriera fallo de tutela en los términos atrás mencionados, y, **ordenó expedir copias** en contra del representante legal de la empresa accionada y el Director del programa cuya suspensión provisional se había dispuesto, **para que fueran investigados** por la presunta comisión del punible de fraude a resolución

judicial, decisión que también se acusa de ser contraria a derecho.

A juicio de la Sala tampoco lo decidido puede ser calificado como constitutivo de prevaricato, en la medida que se hizo con estricta sujeción a la normatividad vigente aplicable al caso concreto.

Sobre el particular, el artículo 67 de la ley 906 de 2004, en su inciso segundo señala:

“El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.” (Resaltado fuera de texto)

Al advertir el Juez de tutela que su orden judicial fue desatendida por el destinatario de la misma, consideró que posiblemente se estaría frente a la presunta comisión del punible denominado fraude a resolución judicial, situación que, por mandato del artículo antes transcrito, **le imponía la ineludible carga de poner en conocimiento de la autoridad competente dicha conducta**, máxime si existía el fundamento fáctico para hacerlo.

La orden de expedir unas copias no significa que indefectiblemente se haya incurrido en un

delito, sino que simplemente propicia que el funcionario judicial destinatario de las mismas, estudie la situación y determine si se justifica poner en marcha el órgano judicial del Estado a través de una investigación formal, o se abstenga de hacerlo por medio de una resolución inhibitoria.

Así las cosas, tal mandato en contra de los accionados **resulta ser una decisión que cuenta con la suficiente justificación, tanto en el plano fáctico como en el legal, motivo por el cual no puede ser catalogada como contrario a derecho** y, en consecuencia, no se estructura el ingrediente normativo exigido para concretar el tipo penal previsto en el artículo 413 de la ley 599 de 2000, situación que torna **atípico objetivamente** el comportamiento del Juez HBB.

En síntesis, en el presente asunto es dable pregonar la **atipicidad objetiva** de la conducta realizada por el Juez HBB en sus providencias del 5 y 18 de marzo de 2014, razón por la cual se impone confirmar la decisión de primera instancia que resolvió declarar la preclusión de la investigación que por el delito de prevaricato por acción se adelantaba en contra suya».

(Textos resaltados por la Relatoría)

ACCIÓN DE REVISIÓN

No tiene como una de sus finalidades asegurar el pago de los perjuicios derivados de la comisión del delito

Dentro del trámite de la *acción de revisión*, la Sala encontró necesario *rechazar por improcedente la demanda de constitución de parte civil*, teniendo en cuenta que este especial instrumento legal no tiene como finalidad la obtención del pago de perjuicios, sino el análisis de la viabilidad de remover la *cosa juzgada* para asegurar la *justicia* en el caso concreto.

AP677-2019 (54708) del 27/02/19

**Magistrado Ponente:
Eugenio Fernández Carlier**

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEMANDA DE PARTE CIVIL - Rechazo || ACCIÓN CIVIL - Ejercicio en el proceso penal || ACCIÓN DE REVISIÓN - Apoderado de la víctima: derecho a intervenir en el trámite || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Finalidad:** no tiene como una de ellas el asegurar el pago de los perjuicios derivados de la comisión del delito || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Finalidad:** se orienta a conseguir la justicia en el caso concreto

«Como MC, PA, así como VP y ÉAQP o, en su condición de esposa e hijos de la víctima ÉHQZ, respectivamente, otorgaron poder a una abogada para que los representara en esta actuación, profesional que presentó **demanda de constitución de parte civil**, considera la Corte **que debe ser rechazada por las siguientes razones:**

a) Según el artículo 45 de la Ley 600 de 2000, la **acción civil** puede ejercerse “dentro del proceso penal”, calidad de la cual carece **la acción de revisión**, en cuanto **corresponde a un**

instrumento ajeno a las diligencias, **orientado a asegurar la justicia en el caso**, por vía de anular la providencia contra la cual se dirige y disponer que se rehaga la actuación.

b) De conformidad con el artículo 47 del mismo estatuto procesal penal, la constitución de parte civil *“podrá intentarse en cualquier momento, a partir de la resolución de apertura de instrucción y hasta antes de que se profiera sentencia de única o de segunda instancia”*, momentos procesales que **no tienen lugar en el marco del trámite de la acción de revisión**, la cual debe sujetarse a las reglas que gobiernan su debido proceso.

c) **La acción de revisión no tiene como una de sus finalidades asegurar el pago de los**

perjuicios derivados de la comisión del delito, sino conseguir la justicia en el asunto concreto.

Por las razones expuestas, se impone **rechazar por improcedente la demanda de constitución de parte civil** promovida en nombre de la cónyuge e hijos del occiso ÉHQZ.

Resta señalar que **la apoderada** de aquellos **podrá actuar** dentro de este trámite **como representante de las víctimas** en los términos del mandato otorgado».

(Texto resaltado por la Relatoría)

LEGALIDAD DEL DICTAMEN PERICIAL

Los médicos pueden basarse en las anotaciones de otros profesionales de la salud para dictaminar la causa de las lesiones corporales

La Corte inadmitió la demanda de casación, por advertir que no fue sustentada adecuadamente.

Sin embargo, tuvo ocasión de referirse a la *legalidad del dictamen pericial*, cuestionado por el recurrente, en el sentido de recabar que los médicos válidamente pueden tomar como referente las anotaciones efectuadas en el historial de atención por parte de otros profesionales de la salud, con miras a *dictaminar* la causa de las *lesiones corporales* de la víctima.

AP772-2019 (50283) del 27/02/19

**Magistrada Ponente:
Patricia Salazar Cuéllar**

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión: no se configura si la prueba fue apreciada || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Diferente al falso juicio de existencia** || **DICTAMEN PERICIAL - Legalidad:** los médicos pueden basarse en las anotaciones de otros profesionales de la salud para dictaminar la causa de las lesiones corporales ||

TESTIMONIO - Del menor: debe apreciarse en conjunto con los demás elementos de juicio || **DEMANDA DE CASACIÓN - Indebida sustentación** || **DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión**

«[...] la demanda presentada por el defensor de MHAC no reúne los requisitos para su admisión, por las siguientes razones:

En primer término, por las imprecisiones técnicas de la demanda, porque el censor anunció un cargo por la **violación indirecta de la ley sustancial**, producto de un error de hecho en la modalidad de **falso juicio de existencia**, y, luego, hizo varios comentarios marginales e inconclusos acerca de la **ilegalidad** de varios medios de prueba.

Al margen de esas equivocaciones, es evidente que el censor no sustentó adecuadamente el recurso de casación, toda vez que: (i) dijo que los juzgadores no tuvieron en cuenta lo expuesto por el psicólogo [...], cuando **es evidente que el juzgador de primer grado se refirió expresamente a esta prueba**, aunque no le asignó el valor que pretende el memorialista; (ii) frente a la versión de este experto, se limitó a decir que debe primar sobre las otras pruebas técnicas practicadas durante el juicio oral, simple y llanamente porque fue quien primero atendió a J.S.C.Q; (iii) al efecto, resaltó que la menor estaba tranquila en la primera entrevista y da a entender, sin fundamento, que ello es indicativo de que no ocurrió el abuso; (iv) finalmente, no se ocupó de los fundamentos

principales de la condena, esto es, que la menor J.S.C.Q. aseguró que el procesado la accedió carnalmente, bajo unas puntuales circunstancias de tiempo, modo y lugar, lo que, según lo resaltan los juzgadores, encuentra pleno respaldo en los hallazgos que registró la médico que la atendió poco después de ocurridos los hechos, quien describió el sangrado y los signos de violencia que la víctima presentaba en el ano; y (v) igualmente, eludió los conceptos de la psicóloga [...] acerca de la condición mental de la víctima y la imposibilidad de que esta, bajo esas circunstancias, pudiera elaborar y sostener un relato como el que expuso frente al abuso sexual.

De otro lado, es notorio que **sus alegatos acerca de la ilegalidad del dictamen médico legal son tan incompletos como ajenos al cargo** que propuso. Efectivamente, no tuvo en cuenta que **la profesional [...] emitió su concepto a partir de las anotaciones que hizo su colega**, y no sentó mientes en lo expuesto por esta Corporación desde tiempos inmemoriales, en el sentido de que **los médicos pueden basarse en las anotaciones de otros profesionales de la salud**, pues si han de confiar en ellos para tomar decisiones trascendentes para la integridad física y la vida, no se avizoran razones para que no puedan hacerlo **con el fin de dictaminar sobre la causa de las lesiones corporales referidas en los historiales médicos** (CSJSP, 21 Feb. 2007, Rad. 25920).

Así, el impugnante tenía la carga de explicar por qué, bajo esas circunstancias, puede tildarse de ilegal lo concerniente a los hallazgos hechos en el cuerpo de la niña y las conclusiones que la perito expresó en el juicio oral acerca de la posible causa de los mismos.

Finalmente, insinuar que la Defensora de Familia, la psicóloga que intervino en la audiencia y la madre de la víctima se confabularon para ejercer presiones sobre esta en orden a que faltara a la verdad en su relato, no solo es producto de una especulación inaceptable, sino que, además, deja de lado dos aspectos centrales de la argumentación de los juzgadores, esto es, que **la niña**, bajo sus especiales condiciones, **ha reiterado el señalamiento que llevó a su madre a formular la queja**, y que los hallazgos médico legales coinciden plenamente con el acceso carnal al que se ha referido, sin perjuicio de que no se discute la relación de vecindad que tenían víctima y victimario, lo que, precisamente, le permitió al procesado tener contacto con la menor.

En síntesis, el impugnante incurrió en errores formales y sustanciales, que se tradujeron en la **indebida sustentación del recurso de casación**, razón suficiente para que la demanda sea **inadmitida**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA

Constituye un acto que realiza la publicidad, pero no interrumpe sus efectos ni prolonga el proceso más allá de las instancias legítimamente culminadas (Ley 600 de 2000)

La Sala denegó la solicitud orientada a la declaratoria de *prescripción de la acción penal* incoada por el defensor técnico, por advertir que la sentencia de *casación* en la que se impuso por primera vez *condena*, quedó materialmente ejecutoriada -dentro del término de vigencia del *ius puniendi*- con la suscripción del fallo en el que se decidió la *impugnación especial* como garantía del principio de *doble conformidad*. En este sentido ponderó que tal determinación

constituye, en estos eventos, el acto de *cierre* de la *jurisdicción ordinaria*, por lo que no es pasible de recurso alguno. Así mismo explicó que la *notificación de sentencias ejecutoriadas* bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, constituye un acto que desarrolla el *principio de publicidad*, pero no interrumpe los efectos de éstas ni prolonga la actuación por fuera de las instancias establecidas.

AP732-2019 (48820) del 27/02/19

**Magistrada Ponente:
Patricia Salazar Cuéllar**

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS - Efectos jurídicos: de acuerdo a la ley 600 de 2000 || **ACCIÓN PENAL - Vigencia:** tensión entre los conceptos ejecutoria y notificación frente a la prescripción || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** procede cuando la primera condena se emite en casación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** mientras no sea resuelta, no adquiere firmeza la sentencia de casación en que se impuso por primera vez la condena (Ley 600 de 2000) || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** decisión que la resuelve constituye el acto de cierre de la jurisdicción ordinaria cuando se pronuncia sobre la condena emitida por primera vez en casación (Ley 600 de 2000) || **PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Finalidad** || **VÍCTIMAS - Derecho a la verdad** || **VÍCTIMAS - Derecho a la justicia** || **NOTIFICACIÓN - Sentencia ejecutoriada:** constituye un acto que realiza la publicidad, pero no interrumpe sus efectos ni prolonga el proceso más allá de las instancias legítimamente culminadas (Ley 600 de 2000) || **PRESCRIPCIÓN - No se configura**

«El defensor plantea la solicitud de **prescripción de la acción penal** bajo la idea de que la “sentencia de casación” no se encuentra en firme. Al parecer, piensa que dicha decisión no se encuentra **ejecutoriada**, porque no se ha **notificado** la que resolvió el recurso de **impugnación**.

[...] Es cierto que el artículo 187 de la Ley 600 de 2000, sistema bajo el cual se tramitó el proceso, establece lo siguiente:

“Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente.

Las providencias interlocutorias proferidas en audiencia o diligencia quedan ejecutoriadas al finalizar ésta, salvo que se hayan interpuesto recursos. Si la audiencia o diligencia se realizare en varias sesiones, la ejecutoria se producirá al término de la última sesión.”

[...] La Sala encuentra necesario resaltar el tema para destacar que no cuestiona el deber de

notificar las decisiones judiciales, y menos las providencias que sustituyen la sentencia materia del recurso, como sucedió en este caso, en el que al revocar la absolutoria de primera instancia, la Sala de Casación Penal, conforme a la novel jurisprudencia que se plasmó en la misma **sentencia condenatoria** para saldar el déficit de protección que el Congreso no ha sabido llenar, garantizó además la posibilidad de **impugnar la sentencia** mencionada.

El problema se traslada entonces a la encrucijada que surge de la **tensión entre los conceptos de ejecutoria y notificación, y las consecuencias en relación con el tema de la prescripción de la acción penal.**

[...] El proceso penal modula la potestad punitiva del Estado, delimita el derecho a una respuesta judicial oportuna y a un proceso sin dilaciones injustificadas.

También prevé una amplia gama de recursos destinados a controvertir las decisiones judiciales: garantiza la posibilidad de discutir las providencias de trámite y las que ponen fin a la actuación, especialmente las sentencias, sin importar su sentido. En ese contexto, conforme a la dogmática del proceso, es claro que con la sentencia de segunda instancia culmina el juicio, y a partir de allí solo es posible, en principio, discutir dicha decisión a través del recurso extraordinario de casación.

En principio, porque al contrario de los otros sujetos procesales, **si el procesado es condenado por primera vez mediante una sentencia de casación, tiene el derecho subjetivo a impugnar esta última determinación** (Cfr. C 792 de 2014 y SP del 25 de enero de 2019, Rad. 48820). Siguiendo esa lógica, **tratándose de asuntos tramitados bajo el procedimiento de la Ley 600 de 2000, la sentencia de casación cuando por primera vez impone una condena, no adquiere firmeza mientras no se resuelva la impugnación, con lo cual esta última decisión constituye el acto de cierre de la jurisdicción ordinaria.**

En ese margen, hay que destacar que cuando se examinó la constitucionalidad del artículo 187 de la Ley 600 de 2000, no se reparó en la procedencia de la impugnación contra las sentencias de casación que por primera vez imponen una condena, ni en sus efectos. Pero, siguiendo la lógica de la Corte Constitucional,

habría que concluir que la sentencia que desata la impugnación cuando conserva el sentido del fallo, adquiere fuerza vinculante luego de su notificación, conclusión consecuente con una visión que define el asunto únicamente desde la óptica del **principio de publicidad**: del derecho a conocer la decisión con la que culmina el trámite.

Ahora, en dicha decisión de constitucionalidad no se consideró a **las víctimas** -que en las elaboraciones de hoy no se pueden reducir simplemente a una categoría conceptual para invisibilizarlas—, y su **derecho a la verdad y la no repetición**, sobre todo tratándose de comportamientos altamente ofensivos para la vigencia de la democracia y los derechos humanos, y por eso el análisis reduce el universo únicamente a los ciertamente importantes derechos del procesado, pese a que aquellas también les asiste interés en el **derecho de acceso a la justicia**, a la tutela judicial efectiva y a la respuesta pronta y oportuna de la justicia.

En esa medida, el asunto no se debe definir solamente desde el punto de vista de la publicidad de las decisiones, sino de los derechos y garantías de los intervinientes y de los objetivos del proceso penal: la aproximación racional a la verdad, la aplicación del derecho sustancial y el respeto por las garantías de los intervinientes. **Desde esta visión, se realizan de mejor manera los fines constitucionales**

del proceso, si se considera la notificación prevista en el artículo 187 de la Ley 600 de 2000 de sentencias ejecutoriadas, como un acto que realiza la publicidad inherente al proceso penal, pero sin la posibilidad de interrumpir sus efectos o prolongar un proceso más allá de las instancias legítimamente culminadas, con lo cual quedan a salvo las finalidades del proceso y el derecho a una respuesta judicial oportuna.

[...] Conforme a esta explicación, **la sentencia que decide la impugnación cierra definitivamente el trámite y por lo tanto contra ella no procede ningún recurso.**

Eso implica que la sentencia condenatoria de casación de fecha 14 de noviembre de 2018 fue ratificada con fuerza de **cosa juzgada y es exigible** a partir del 25 de enero de 2019, **fecha en que se suscribió la sentencia que resolvió el recurso de impugnación**, y que fue dictada en **el marco del límite temporal para ejercer el “ius puniendi,”** es decir, dentro del plazo razonable.

De tal manera que **la petición** del abogado defensor de fecha 13 de febrero del presente año, **tendiente a que se decrete la prescripción de la acción penal**, desde esta perspectiva, **es inadmisibles**.

(Texto resaltado por la Relatoría)

APRECIACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO

No está supeditada a la realización de reconocimiento en fila de personas

En el fallo a través del cual se decidió *no casar* la sentencia impugnada, la Sala consideró importante precisar que la *apreciación probatoria del testimonio* de la víctima, cuando ha efectuado una descripción precisa del sujeto activo de la conducta -inclusive por vía de *reconocimiento fotográfico*- no está supeditada a la realización del *reconocimiento en fila de personas*. En este sentido, estimó que la circunstancia de que no se hubiera practicado esta clase de diligencia no afectaba el examen de la *prueba testimonial*, toda vez que aquella resultaba innecesaria dada la suficiente

identificación del autor del comportamiento delictivo.

SP345-2019 (52983) del 13/02/19

**Magistrado Ponente:
Eyder Patiño Cabrera**

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS – Práctica: no es necesaria cuando la finalidad para la cual fue instituido ya se ha cumplido || **TESTIMONIO - apreciación probatoria:** no está supeditada a la realización de reconocimiento en fila de personas || **HURTO CALIFICADO - Se configura**

«En esta oportunidad está acreditado que YKPV rindió entrevista el 8 de mayo de 2008 -a la cual se dio lectura en la audiencia del juicio oral-, en la que hizo un recuento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon la comisión del injusto del cual fue víctima, y **describió físicamente a su agresor**. Igualmente, que el 15 de diciembre siguiente participó en el **reconocimiento fotográfico** que como acto de investigación realizó la policía judicial, fecha última en la que señaló con contundencia al acusado como la persona que perpetró el hurto.

Luego, en el juicio -sesiones del 6 de marzo y 20 de agosto de 2015- la joven PV narró el mismo episodio, **suministró las características del agresor y fue categórica en subrayar la facilidad que tuvo para identificarlo**. Al respecto, manifestó haber tenido mucho tiempo para detallarlo físicamente, pues él estuvo sentado a su lado por largo rato en la buseta conversando [...]

[...] La narración ofrecida en juicio resulta coincidente con la de su entrevista, no solo en lo concerniente al recuento de los hechos y sus circunstancias antecedentes y sucesivas, sino en la descripción física del agresor y en la manera en que, con posterioridad, por razón de una foto publicada en el periódico de un sujeto que atracaba vehículos de servicio público, la testigo pudo advertir que se trataba del mismo delincuente.

Adicionalmente, su testimonio se muestra natural, fluido, coherente y contundente, tanto en la forma en que tuvieron lugar los sucesos como en la sindicación de HM. Si bien hay alguna divergencia con lo inicialmente contado, frente al tiempo que transcurrió entre el hurto y la visualización de la imagen en el medio periodístico -ocho días y tres meses, respectivamente-, lo cierto es que, tal como lo destacó el Tribunal, en nada le resta credibilidad, en tanto la deponente fue contundente e invariable en los aspectos esenciales.

Vale la pena subrayar que la declaración de PV no fue desestimada por el a quo, en razón de haberla hallado mendaz o discordante, pues, bien lo destacó el ad quem, respecto de ella no adelantó labor alguna de apreciación.

Es claro que **no se llevó a cabo diligencia de reconocimiento en fila de personas, empero, no se hacía necesaria debido a que la finalidad para la cual fue instituida ya se había cumplido. El autor de la conducta punible estaba suficientemente identificado, la víctima fue precisa en dar los rasgos físicos de su agresor y reconocerlo con posterioridad en las fotografías.**

De manera, pues, **que es equívoco supeditar, como lo pretendió el a quo, la apreciación del testimonio a la efectiva realización del reconocimiento en fila de personas.**

Ahora bien, **la prueba en comento fue determinante para declarar la responsabilidad** de HM, máxime porque la llevada por la defensa no le restó poder suasorio.

En efecto, los testimonios de VLSV y RHH, son poco o nada convincentes en la medida en que, pese al paso del tiempo, en forma prodigiosa lograron recordar, con suma claridad, y detalle lo acontecido el 3 de abril de 2008 -cuando ocurrieron los hechos-, desde las primeras horas de la mañana hasta finalizar la tarde, pero no consiguieron acordarse siquiera qué hicieron los días 3 de abril de 2009 y 3 de abril del 2010. Es más, SV aseguró que tenían un contrato de trabajo con la Alcaldía, aunque más adelante adujo que era con un señor CR, de quien no se dio cuenta en el proceso.

El ad quem subrayó, además, que aun de ser ciertos los dichos de los deponentes, bien pudo el acusado perpetrar el delito porque en Ibagué *“lo que normalmente ocurre al medio día es que se suspenden las actividades laborales y se reinician a las dos de la tarde”*.

Lo anterior revela que **el juez plural no incurrió en yerro alguno** al valorar las pruebas y que con las obrantes en el expediente **quedó suficientemente demostrada la responsabilidad de HM en el delito de hurto calificado y agravado** que le endilgó la Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, el cargo no prospera».

(Textos resaltados por la Relatoría)

IRA O INTENSO DOLOR

No se configura cuando el agente con su propio relato desvirtúa la presencia de un comportamiento grave o injusto que lo condujo a realizar la conducta punible

Al casar parcialmente el fallo impugnado, la Sala encontró necesario reiterar el pacífico criterio sobre la *atenuante punitiva* relativa a la *ira o intenso dolor*, en el sentido de precisar que no tiene reconocimiento a partir de personalísimos sentimientos ni para favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritables o coléricos. Así mismo, ilustró que su configuración no es predicable cuando el sujeto activo con su propio relato desvirtúa la presencia de un comportamiento *grave o injusto* que lo llevó a la comisión de la conducta.

SP346-2019 (48587) del 13/02/19

**Magistrado Ponente:
Luis Guillermo Salazar Otero**

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores en la apreciación probatoria || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Se configura || FALSO RACIOCINIO - Se configura || IRA O INTENSO DOLOR - Elementos que se deben tener en cuenta para su reconocimiento || IRA O INTENSO DOLOR - Configuración: es necesario acreditar la relación causal entre el acto de provocación y la reacción || **IRA O INTENSO DOLOR - Origen directo en un comportamiento grave e injusto || IRA O INTENSO DOLOR - Configuración:** no tiene reconocimiento a partir de personalísimos sentimientos ni para favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritables o coléricos || **IRA O INTENSO DOLOR - No se configura**

«Las demandas de casación en este caso promovidas por el apoderado de víctimas y el Delegado de la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia emitida [...] por el Tribunal Superior [...], por medio de la cual modificó la decisión condenatoria de primer grado para condenar a VRB como responsable de los delitos

de homicidio y porte ilegal de armas de fuego al reconocer que el atentado a la vida se cometió en estado de ira (reduciendo por tanto la pena de 520 a 110 meses de prisión), se han encaminado por **quebranto indirecto de la ley sustancial**, para acusar la presencia de múltiples desaciertos de apreciación probatoria concretados en la concurrencia de diversos errores de hecho.

La sentencia impugnada, a través de copiosa referencia de prueba testimonial practicada en desarrollo del juicio oral, dio por demostrado que en los hechos acaecidos [...] en la cabecera municipal [...], en el establecimiento '[...]', VRBG actuó en **estado de ira causado por el comportamiento ajeno, grave e injusto** de su cuñado JFRE a quien mató con disparos de arma de fuego, toda vez que desde hacía algún tiempo éste atribuía a los miembros de la Junta de Acción Comunal [...] haberse apropiado de una suma millonaria de recursos, lo que se expresó en señalamientos de la comunidad y otros episodios que lo deshonraban y problemas de vecindad que lo determinaron a obrar de esa manera.

Pues bien, advierte la Sala ab initio que **razón asiste a los demandantes** así como a los diversos sujetos que han intervenido ante esta sede, esto es, Apoderado de víctimas, Representante de la Fiscalía y Ministerio Público, que coinciden en el acierto de los diversos cargos presentados y coadyuvan la prosperidad de los libelos, **bajo el entendido que las conclusiones de la sentencia del Tribunal obedecen a una apreciación errónea de las pruebas, por presentarse en la misma valoraciones incompletas e inadmisibles derivadas de falsos juicios de identidad y raciocinio.**

Presupuestos teóricos en orden a evidenciar los defectos de evaluación probatoria derivados de una **laxa comprensión de la ira** que conduce a una **responsabilidad atenuada**, imponen a la Sala para comenzar, observar que si bien con una redacción sustancialmente idéntica a la regulación de la figura contenida los arts. 28 y 60 de los Códigos Penales de 1936 y 1980, el art. 57 de la Ley 599 de 2000 ha previsto la **ira o intenso dolor como figura atemperante de la sanción punitiva** referida esencialmente a delitos atentatorios de la vida e integridad

personal, recogiendo aquellas hipótesis en que el hecho se lleva a cabo en estado de emoción violenta provocada por la conducta de la víctima, esto es, cuando obedece a una condición subjetiva emocional que consecuentemente da lugar a una responsabilidad penal atenuada.

Jurisprudencia de la Corte estructurada a través de varias décadas, esencialmente con uniformidad sobre el sentido y alcance jurídico de esta circunstancia atenuante de la pena, ha coincidido en considerar que el privilegio emocional subjetivo de esta causal paliativa, **exige para su reconocimiento que al momento de realización de la conducta punible se haya procedido en estado de ira o de intenso dolor determinado por un comportamiento ajeno grave e injusto.**

Por tanto, fue y continúa siendo postulado normativo del precepto regulador de esta figura, **estar plenamente probada la existencia de un comportamiento con las connotaciones de grave e injusto de un tercero contra quien se reacciona emocionalmente, así como el necesario nexo de causalidad entre ese estado síquico y ser aquella su causa**, la cual por lo demás, debe tener por tanto la virtualidad de desencadenarlo, pues conforme se ha advertido insistentemente, si bien no se exige simultaneidad o concomitancia en la reacción, si es imperioso que el sujeto obre bajo los efectos de un *'raptus'* emotivo, toda vez que de acuerdo con la concepción dogmática de este instituto, la ira atenuante en relación con este aspecto tiene arraigo en **circunstancias de objetiva verificación, toda vez que no se trata de hacer sustentable la aminorante a partir de personalísimos sentimientos o de favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritables, coléricos**, ni de propiciar extensiones genéricas a otros estados anímicos o con procedencia en otros orígenes, sino de reconocer la presencia de situaciones humanas que implican una disminución de la capacidad intelectual y volitiva del agraviado provocada por una ofensa, sin que ello implique desde luego una pérdida absoluta de dichas facultades, que como se sabe corresponden a estados de inimputabilidad penal.

Sobre esta base, recuérdese que la sentencia condenatoria de primer grado rechazó la atenuante punitiva por ira pretendida por la defensa, con el argumento de estar acreditado

que JFRE atribuyó a la Junta de Acción Comunal de la Vereda [...] de [...], a la cual pertenecía el procesado, haberse apropiado de \$800 millones, así como problemas por falta de afiliación de aquél a dicha Junta y de vecindad que habrían tenido aquéllos, todo lo cual fue determinante en la reacción del imputado, al estimar no demostrada en el juicio la diminuyente, pues los antecedentes en que dijo fundarse no podrían explicar la manera de actuar de VR, cuando los rumores de malos manejos no sólo habían sido desvirtuados contablemente, sino que aun reconociendo como existentes ciertas *"manifestaciones chismosas"* de la comunidad no atribuibles directamente a la víctima, o el tema de la negativa de afiliación que no competía a VR, todo lo cual no lograba considerar aceptable la forma de reaccionar del imputado y mucho menos comprenderla dentro de los causes de la atemperante punitiva.

[...] El primero de los argumentos aducidos por la sentencia y referido a considerar que el número de disparos y su ubicación por sí mismos reflejaban el estado de alteración en que procedió el procesado, pretende construir una regla de experiencia que si bien en principio podría tener algún fundamento, en tanto procura un conocimiento estable sobre la forma de actuar frente a situaciones de estados alterados, en el caso concreto resulta desconocedora de los propios antecedentes del hecho que precisamente impiden aceptarla como aplicable, toda vez que **la decisión de VR de matar a JFRE, no puede asentirse derivada de comportamiento ajeno grave e injusto de éste y por ende que una eventual alteración de su ánimo**, conforme se verá adelante, no podría señalarse haber tenido como causante a aquél. Si en algún momento el procesado actuó alterado, irritado o con algún grado de perturbación de ánimo, no puede, en modo alguno atribuirse dicha condición a conducta con las características indicadas, de la hoy víctima.

De otra parte, la multiplicidad de disparos inferidos al occiso, no comprendieron de inmediato la lesión a órganos vitales, lo que afirma el Tribunal elimina cualquier premeditación, como si el imputado no hubiera tenido el propósito de dar muerte y esto de suyo excluye el dolo de ímpetu que fundaría la ira legal, gracias a la reacción que el agredido tuvo de protegerse, lo cual desde luego sin embargo no logró, dado que a más de poner las manos y

dar la espalda a su atacante para huir, recibió enseguida disparos en la espalda y ya en el suelo un tiro de gracia a muy exigua distancia, en la cabeza».

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Se configura || ERROR DE PROHIBICIÓN - Error invencible: no se configura || **REGLAS DE LA LÓGICA - No se configura || IRA O INTENSO DOLOR - Origen directo en un comportamiento grave e injusto || IRA O INTENSO DOLOR - No se configura:** cuando el agente con su propio relato desvirtúa la presencia de un comportamiento grave o injusto que lo condujo a realizar la conducta punible

«[...] a partir del relato suministrado por los empleados del local comercial DJCC,AZC, LFGC, JCC,AZC, LFGC, y WATM, se sabe que la mañana del 7 de julio de 2014, observaron cuando VR llegó al establecimiento comercial, esperó que apareciera JF y le reclamó por pretendidamente estar hablando de él, tras responderle que eso no era cierto y que era él quien venía a buscarle problemas, enseguida lo instó a que se *“parara como un hombre”* al tiempo que le manifestó que venía era a matarlo, desenfundando una pistola que llevaba consigo y vaciando en su humanidad toda la carga, para una vez en el suelo herido de muerte propinarle un certero disparo en la cabeza.

Ninguno de estos testigos da cuenta de las circunstancias antecedentes que pudieron determinar la conducta homicida. El Tribunal, sin embargo, extrae de sus afirmaciones que por la manera de proceder el acusado es un hecho que estaba *“convencido”*, persuadido de que quien difundió el rumor sobre actos indebidos de la Junta de Acción Comunal había sido el agredido y que el clímax de la situación se explica a través de un principio lógico, de acuerdo con el cual nada ofusca más a alguien que no sean atendidos sus reclamos, esto es, ser ignorado.

Varios reparos caben frente a las conclusiones que el sentenciador extrae de la referida prueba.

Pese a la manera como entiende derivado el **convencimiento** del imputado sobre los agravios de su cuñado, el Tribunal no se ocupa en forma abierta y expresa de considerar que se esté frente a la hipótesis de haber actuado B G incurso en un error insuperable sobre la propia existencia de la ofensa o la gravedad de la

misma y que entonces haya procedido bajo los supuestos del art. 32 ord. 12 del C.P., esto es, **por error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad** y que impondría su admisión.

Son varias las oportunidades en que alude al convencimiento que pudo tener el imputado de que en efecto JF lo calumniaba ante la comunidad, pero aún bajo tal supuesto que apenas hace latente el fallo, conocidos los antecedentes del caso, **descarta la Corte que el error fuera invencible**, pues fácilmente podía constatar que los genéricos reparos hechos por JF estaban dirigidos a la cabeza directiva de la Junta de Acción Comunal y no, desde luego, a la totalidad de afiliados entre quienes se contaba el procesado. Si éste no tenía absolutamente ninguna disponibilidad y/o manejo de recursos de la organización cívica, como depusieron los miembros de la entidad comunal LMH, RAT y ESS y él mismo así lo afirmó al declarar bajo juramento, no podía sentirse agraviado porque se afirmara una administración irregular al interior de la misma, pues no hacía parte de los dignatarios a quienes correspondía la inversión de partidas.

Más inconsistente resulta el aparente principio lógico que enuncia el Tribunal bajo la consideración según la cual *“la reacción del procesado fue producto de la actitud de la hoy víctima, toda vez que “La lógica indica que cuando se hace un reclamo, lo que más excierba el ánimo de quien lo efectúa es precisamente que no se le dé importancia, que se le ignore”*, minimizando los requisitos de la excepcional atenuante al momento mismo en que aborda el victimario a su cuñado y justificando su reacción por no concedérsele mayor relevancia o razón a sus reclamos, como si frente a circunstancias semejantes la ley privilegiara la conducta por ese sólo hecho con una modalidad atenuada de delito.

Así, ninguna de las pruebas allegadas atribuyó en forma directa ser JFRE quien sostuvo que los miembros de la Junta de Acción Comunal de Platanales se habían apropiado de \$800 millones, y mucho menos específicamente que VRBG hubiera estado involucrado en esos actos.

LBG, hermana del procesado y esposa de la víctima, en ningún momento aceptó que JF hubiera hablado mal de VR, como lo afirma el Tribunal, pues todo cuanto aquél hizo fue solicitar que se revisaran las inversiones de

recursos y en relación con la negativa por parte de la Junta de Acción Comunal a aceptar la afiliación de su cónyuge, todo cuanto hizo fue interponer los recursos y acciones legales para lograrlo. Además, desvirtuó esta testigo que pudiera tener explicación el proceder violento de su hermano en el hecho de pensar que el occiso estaba molesto y lo inculpaba sin razón de impedir su afiliación a la Junta de Acción Comunal, toda vez que antes del día de los hechos ya había sido aceptada la referida afiliación en la corporación cívica.

[...] Ahora bien, respecto de los problemas de vecindad que se dijo también existieron entre JF y VR, JBA, padre del procesado, señaló que entre aquellos no se presentó por dicho motivo ningún inconveniente y tampoco haberlo por la servidumbre que para acceder a la casa de éste compartían. En este mismo sentido depuso el propio imputado. Reconoció, como otros testigos, que en el pueblo se hacían comentarios de la gente sobre los manejos que se estuvieran dando en la Junta a dineros para inversión, pero en ningún momento se enteró de que los mismos tuvieran origen en el agraviado.

Así las cosas, obsérvese que si la tesis predominante en orden al reconocimiento de la ira como motivadora de la conducta del procesado, estriba en las ofensas por sindicaciones calumniosas atribuidas a JF, a través de la prueba allegada en ese asunto **no logró acreditarse** que un solo testigo lo señalara ser quien difundió dichos rumores. Pero más aun, que por la índole de la persona jurídica a la cual correspondía el manejo de inversiones, así como no se hicieron imputaciones con nombre propio, ni siquiera VR hacía parte del cuerpo directivo de la Junta de Acción Comunal, es decir, que no podía disponer el destino de ninguna suma y por ende tampoco sentirse ultrajado. No en vano declaró el Presidente de tal entidad sin reportar que se hubiera producido por las afirmaciones de la

comunidad y el pedido de auditoria de JF ninguna enemistad con éste.

[...] Si bien la jurisprudencia no ha exigido como presupuesto para su reconocimiento que quien actúa bajo un **estado de ira atemperante de la pena**, deba expresar su concurrencia o exacerbación de ánimo, **es inaceptable admitirla cuando el agente con su propio relato**, conforme sucede en este caso, **culmina desechando la presencia de una específica causa (comportamiento ajeno grave e injusto) como condicionante de la emoción violenta que lo condujo a realizar la conducta punible**, máxime cuando la tesis defensiva original resulta desvirtuada anteponiendo alternativamente que observó que JF tenía un bolso que movió y en el cual sabía portaba un arma, que quiso encontrar respaldo sin el menor fundamento en el sesgado relato de JEVN.

Como queda visto, además de reclamar el **estado de ira**, conforme procedió en este caso la defensa y a ello accedió el Tribunal al modificar la decisión de primera instancia, era imperativo que a través de la prueba allegada en el juicio se demostrara la concurrencia de los elementos que la estructuran, pues según se advirtió, así como no toda provocación debe asumirse necesariamente caracterizada por ser grave e injusta, tampoco su existencia supone el estado de ira y menos todo estado irascible por sí solo conduce al reconocimiento de la diminuyente punitiva, sino que **es indispensable que cualquiera de estos estados hayan tenido su origen en un comportamiento grave e injusto**. Dado que en el caso concreto la ira como atenuante se aceptó debido a la concurrencia de diversos **errores de hecho**, los cargos propuestos deben prosperar y el **fallo será casado**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

En su dosificación la gravedad de los delitos y la colaboración eficaz para el esclarecimiento de los hechos deben valorarse

Al emitir sentencia de segunda instancia, la Corte examinó, entre varios aspectos, el relativo a la *pena alternativa*, en aras de precisar que para su determinación resulta importante tener en cuenta no sólo la *gravedad de los delitos* sino la *colaboración eficaz* tendiente al esclarecimiento de los hechos. Igualmente

recordó que la colaboración del postulado tiene la doble condición de *presupuesto* para el otorgamiento de la citada modalidad de sanción y *criterio* a considerar en su *dosificación*.

SPO36-2019 (48348) del 23/01/19

**Magistrado Ponente:
José Luis Barceló Camacho**

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa: concepto || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios:** pena alternativa, requisitos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa:** dosificación punitiva, la gravedad de los delitos y la colaboración eficaz para el esclarecimiento de los hechos deben valorarse || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa:** la colaboración del postulado es un presupuesto de ésta y a la vez un criterio para su dosificación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa:** tasación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa:** discrecionalidad reglada para su individualización

«Tratamiento jurisprudencial de los criterios legales para la determinación de la pena alternativa

La inconformidad que plantean la Fiscalía y el Ministerio Público -de la que discrepa la defensora de los procesados no recurrentes- es que la **colaboración eficaz** del postulado no debe ser un criterio para dosificar la pena alternativa puesto que es un presupuesto para acceder a ella y un deber exigible desde fases anteriores del proceso, de suerte que para ese fin solamente se debe tener en cuenta la **gravedad de las conductas atribuidas**. Por tanto, dicen los impugnantes, como el Tribunal fijó la pena ordinaria en 480 meses de prisión (el máximo legalmente permitido), entonces también ha debido imponer la pena alternativa en el máximo, esto es, 8 años.

Sobre la dosificación de la pena alternativa, la Corte tiene dicho lo siguiente (CSJ, SP17775-2017, 25 de octubre de 2017, rad. 49025):

“La pena alternativa es el beneficio por el cual se puede suspender la ejecución de la pena de prisión determinada en la respectiva sentencia, para ser reemplazada por una de igual naturaleza que no podrá ser inferior a 5 años, ni

superior a 8, siempre y cuando los postulados acrediten el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) que sean autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a grupos armados organizados al margen de la ley, (ii) hubieren decidido desmovilizarse; (iii) aporten definitivamente a la reconciliación nacional; (iv) se dé su adecuada resocialización; (v) colaboren con la justicia y (vi) contribuyan a la reparación a las víctimas”.

“De igual forma, en atención a las características y propósitos específicos del proceso de justicia transicional que difieren de los consagrados en los estatutos sustancial y procesal penales vigentes y lo señalado en el artículo 29 de la Ley 975 de 2005, la Sala ha explicado que los criterios que definen la dosificación o graduación de la misma se restringen a: (i) la gravedad de los delitos y (ii) la colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos, a los cuales se impone sujetarse de manera irrestricta el funcionario judicial, según se advierte de los incisos 2 y 3, de la mentada disposición...”.

Ahora bien, esta Colegiatura ha señalado (CSJ, SP15924-2014, sentencia del 20 de noviembre de 2014, rad. 42799, entre otras) que la colaboración eficaz del postulado para el esclarecimiento de los delitos: *“no puede ser un factor que se evalúe también de manera preponderante en la tasación de la pena señalada en el artículo 29 de la Ley 975 de 2005, rebasando el aspecto referido a la gravedad de los delitos”*; lo anterior -explica el precedente en comentario- porque el componente de satisfacción de la verdad hace parte de los propios fines del proceso transicional.

Pero lo anterior no puede entenderse, como parecen sugerirlo los apelantes, en el sentido de que esa **colaboración eficaz** carece de toda relevancia a la hora de individualizar la pena alternativa. Lo que la propia jurisprudencia de la Corte ha precisado es que **esa exigencia no puede ser el factor preponderante a la hora de fijar la sanción alternativa**, pues no se puede dejar de lado el componente de la gravedad de las conductas. Dicho de otra manera: *“la fijación del castigo el juez no puede supeditarla exclusivamente a la colaboración efectiva del postulado con el esclarecimiento de la verdad sino que se le impone tener en cuenta la gravedad de los delitos”* (CSJ, SP2211-2016, sentencia del 24 de febrero de 2016, rad. 46789)

Es del caso recordar que **la norma (artículo 29 de la Ley 975 de 2005) fija dos criterios para individualizar la pena alternativa: la gravedad de los delitos atribuidos y la colaboración efectiva del postulado. Los dos criterios deben valorarse**, y el hecho de que la citada colaboración con el proceso sea, además, un requisito para que el postulado acceda y permanezca en el proceso transicional no significa que no deba ser considerada a la hora de individualizar la pena alternativa. No: lo que sucede es que su trascendencia debe ponderarse frente a la gravedad de las conductas, en el entendido de que el compromiso del postulado con los fines del proceso transicional ha debido ser evidente desde fases procesales anteriores, de modo que tampoco se trata de que por mediar la sola confesión de las conductas entonces automáticamente el procesado se haga acreedor a la pena alternativa (CSJ, SP2211-2016, 24 de febrero de 2016, rad. 46789).

Esta “*doble valoración*” de la colaboración eficaz es apenas aparente, pues, en realidad, se trata de una ponderación que debe hacerse en diferentes fases del proceso transicional, entre otras, para la sustitución de la medida de aseguramiento, lo que no excluye que en sede de dosificación de la pena también se considere, pues tal ejercicio apunta a finalidades distintas, según los fines de la fase procesal de que se trate.

Es por lo anterior que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que **la colaboración del postulado es un presupuesto para la concesión de la pena alternativa, pero a la vez constituye un criterio para su dosificación.**

[...] En igual sentido, en otra oportunidad esta Colegiatura (SP17444-2015, sentencia del 16 de diciembre de 2015, rad. 45321) reiteró lo dicho en la providencia SP15924-2014 del 20 de noviembre de 2014, rad.42799, en cuanto a que: “*la colaboración para el esclarecimiento de los hechos si bien es un criterio para dosificar la pena alternativa, también corresponde al cumplimiento de los postulados de contar la verdad como condición para pertenecer al proceso transicional y beneficiarse de éste*”.

Así las cosas, **los dos criterios para dosificar la pena alternativa que enuncia el artículo 29 de la Ley 975 de 2005 -la colaboración eficaz del postulado en el esclarecimiento de los**

hechos y la gravedad de las conductas atribuidas- permiten al operador judicial individualizar la sanción entre un mínimo de 5 y un máximo de 8 años de prisión; “*esta última fase, de naturaleza esencialmente valorativa, concede margen de maniobrabilidad al sentenciador, toda vez que constituye el ejercicio de ponderar, visto el caso concreto, aspectos relativos a la gravedad de la conducta y el daño creado*” (CSJ, SP3950, 19 de marzo de 2014, rad. 39045, subraya la Corte en esta oportunidad).

Lo relevante es que, de acuerdo a las particularidades de cada caso, esa **discrecionalidad reglada se funde en criterios razonables**, de modo tal que apunten a la consecución de un equilibrio en la concreción de la pena y, al mismo tiempo, permitan el ejercicio del control judicial mediante los mecanismos de impugnación; en estos términos lo ha decantado la Corte: “*La discrecionalidad reglada y el sustento razonable buscan fincar criterios de equilibrio en la concreción de la pena, al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación*” (ibíd., rad. 39045).

Todo lo anterior, en el entendido de que, para el efecto de individualizar la pena alternativa, al operador judicial le está vedado acudir a criterios ajenos a los previstos en la ley, tales como: el rango que hubiere ostentado el postulado en el grupo armado ilegal, el grado de participación (CSJ, SP2045-2017, 8 de febrero de 2017, rad. 46316), el carácter parcial de la sentencia (ibíd. 39045), o el número de delitos sancionados en otros casos (CSJ, SP17548-2015, 16 de diciembre de 2015, rad. 45143).

Recapitulando: **la colaboración eficaz del postulado para el esclarecimiento de los hechos es, junto a la gravedad de las conductas atribuidas, uno de los criterios consagrados en la ley que se debe ponderar a la hora de individualizar la pena alternativa**; el hecho de que esa colaboración sea un presupuesto para acceder y permanecer en el proceso transicional no excluye su valoración en sede de individualización de la sanción.

Lo relevante es que el compromiso del postulado con los fines del proceso de Justicia y Paz no puede ser el criterio preponderante ni exclusivo para dosificar la pena alternativa, ni la sola confesión de los delitos impide imponer la

máxima sanción, pues, de acuerdo a los particularidades de cada caso, debe apreciarse junto a la gravedad de las conductas.

La **individualización de la pena alternativa** le concede al juzgador un relativo **margen de discrecionalidad reglada**, que debe fundarse en razonamientos atendibles. Todo lo anterior, en el entendido de que en el ejercicio de la dosificación punitiva quedan proscritos otros criterios que no sean los consagrados en la ley.

[...] Luego de aplicar los anteriores lineamientos al caso presente, se tiene lo siguiente:

a.- Que el a quo reconoció ampliamente la efectiva colaboración de los postulados en el esclarecimiento de los hechos, tal como quedó reseñado en acápites precedentes.

b.- Que, además, no desconoció la gravedad de las conductas atribuidas a todos los postulados y su trascendencia para los fines del grupo armado ilegal.

c.- Que, teniendo en cuenta la gravedad de las conductas, advirtió y argumentó sobre las circunstancias que ameritaban no imponer la sanción alternativa máxima de 8 años a los procesados CM, GQ y MM

[...] se observa que la Sala de Justicia y Paz, al ocuparse de la individualización de la pena alternativa respecto de los dos primeros -CM y GQ - hizo uso de la discrecionalidad reglada para apartarse del tope máximo de la sanción, lógicamente sin minimizar la gravedad de las conductas; para ello elaboró sendos argumentos que apoyó en las particularidades de las conductas atribuidas, los cuales, en su criterio, se mostrarían razonables y ponderados para no fijar la pena máxima. Téngase en cuenta que los apelantes no refieren que tales fundamentos fuesen equivocados, sino que la gravedad deducida al tasar la pena ordinaria debe trasladarse automáticamente a la fijación de la pena alternativa.

Así, entonces, aun cuando en sede de instancia pudieren ser de recibo otras interpretaciones, la adoptada por el Tribunal lejos está de configurar

un dislate o un arbitrio. Es por lo anterior que, para esta Colegiatura, el razonamiento expuesto en la providencia impugnada no hace cosa distinta que emplear de manera ajustada el relativo **margen de discrecionalidad reglada que la ley le concede para ponderar la individualización de la pena**, sin que la posibilidad de que otras apreciaciones que hubieran sido procedentes tornen en ilegal el criterio adoptado.

Los apelantes argumentan que como la pena ordinaria fue tasada en el máximo, entonces igual debe suceder con la alternativa; semejante postura resulta cuestionable, pues debe tenerse en cuenta que la determinación de la pena ordinaria en el máximo que permite la ley -480 meses de prisión- no fue propiamente el resultado de apreciar que las conductas atribuidas fueran de la más extrema gravedad (atendiendo el rasero inherente a la naturaleza de las conductas que se juzgan en Justicia y Paz), sino de la aplicación de las reglas de punibilidad del concurso de conductas punibles.

En efecto: obsérvese que el sentenciador, luego de identificar la pena mínima y máxima determinadas en la ley, acudió al sistema de cuartos y seleccionó los cuartos medios, toda vez que concurrían causales de mayor y menor punibilidad. Y a la hora de individualizar la pena ordinaria dentro del cuarto correspondiente conforme los criterios de que trata el artículo 61 del C. Penal, resolvió individualizarla en el punto medio del segundo cuarto (405 meses de prisión), es decir, apenas en el 25% del total del lapso del que disponía para ubicar la sanción. Lo anterior deja ver que, al sopesar los criterios de individualización de la pena ordinaria, el Tribunal no consideró que éstos ameritaran fijarla en el límite máximo de los cuartos medios, ni siquiera dentro del tercer cuarto, y tampoco en el tope del segundo cuarto, sino -una vez más- en el punto medio del segundo cuarto, esto es, más cercano a la pena mínima procedente».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá